

Bogotá, D. C. **01 AGO. 2016****1200000- 140956**

Al responder por favor citar este número de radicado

**URGENTE****ASUNTO:** Radicado ID 93634 - 2016

Formas de pago de la cesantía y de la sanción moratoria por falta de depósito de la cesantía en fondo correspondiente dentro del término señalado en la Ley

Respetado (a) Señor (a):

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta acerca de "Forma de pago de la cesantía y de la sanción moratoria por falta de depósito de la cesantía en el fondo correspondiente, dentro del término señalado en la Ley", para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, los pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que cuando finaliza la relación laboral o el contrato de trabajo, el Empleador debe cancelar las prestaciones sociales adeudadas entre ellas la cesantía que habiéndose causado, no ha sido depositadas aún en el fondo de las mismas, por así ordenarlo la Ley 50 de 1990.

Sin embargo, el pago no ha sido realizado, genera la sanción moratoria de un día de salario por cada día en que el Empleador demora en su pago correcto, a la luz de lo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 65, que en su parte pertinente a la letra dice:

*"Artículo 65- Modificado Ley 789 de 2002, artículo 29- Indemnización por falta de pago-*

*1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del*

*contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-781 de 2003.*

*Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.*

*2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.”*

Sin embargo, para efectos del pago de la sanción moratoria, la misma no se da ipso facto, sino que depende de la existencia de la mala fe del Empleador al no cancelar en legal forma el valor que la ley ordena para el efecto, es decir, que como la buena fe se presume tanto por mandato constitucional como por efecto de lo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 55, la mala fe del Empleador debe ser probada en juicio, para que la misma genere el pago de la sanción moratoria por falta de pago oportuno de la prestación aludida, caso en el cual queda la indexación como sustitutiva de la misma, al decir de la H. Corte Constitucional, para no dejar sin efecto el incumplimiento del Empleador, cuando el mismo demuestre la inexistencia de la mala fe en su accionar y desincentivar el incumplimiento del Empleador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 55 a la letra dice:

*“Artículo 55 – Ejecución de buena fe- El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.”*

En Sentencia C-892/09 – Referencia Expediente D-7742, Magistrado Ponente, Doctor Luis Ernesto Vargas Silva, la H. Corte Constitucional, en uno de los apartes relativos a la indemnización moratoria manifiesta:

*“Indemnización moratoria -Características definitorias*

*La indemnización moratoria y, al compartir su naturaleza jurídica, el reconocimiento de intereses moratorios respecto de salarios y prestaciones en dinero, son institutos del ordenamiento laboral que responden a las*

siguientes características definitorias: i) Son mecanismos que buscan desincentivar el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones, insolutas al momento de terminar la relación laboral; ii) La indemnización moratoria y los intereses supletorios operan al margen de las causas que dieron lugar al contrato de trabajo. Basta con que se demuestre que el empleador, a sabiendas, dejó de pagar oportunamente los salarios o prestaciones debidas, para que proceda su exigibilidad; y iii) Tanto la indemnización moratoria como los intereses supletorios encuentran sustento constitucional en la necesidad de proteger la remuneración del trabajador que, al finalizar su vínculo laboral, queda desprotegido económicamente, lo que obliga al pago oportuno de las acreencias debidas. Ello con el fin de evitar que la mora en el pago involucre la inminencia de un perjuicio irremediable, derivado de la afectación del derecho fundamental del trabajador y de su núcleo familiar dependiente.

*Indemnización moratoria - Constituye una extensión en el tiempo de la protección del derecho al pago de salario.- Tanto la indemnización moratoria como los intereses supletorios son instrumentos que extienden en el tiempo la protección constitucional del salario, en tanto aspecto que precede al goce efectivo del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.*

*Indemnización moratoria - Funciones que cumple.- La indemnización moratoria y los intereses supletorios cumplen una doble función: servir de apremio al empleador moroso y salvaguardar el ingreso del trabajador de los efectos adversos de la disminución del poder adquisitivo, y en tal sentido es un mecanismo dirigido a proteger la retribución por el servicio personal, en tanto aspecto que conforma el núcleo esencial del derecho al trabajo. “*

En otro de sus apartes la H. Corte manifiesta con respecto a la indemnización moratoria y corrección monetaria:

*“INDEMNIZACION MORATORIA-Exigibilidad respecto de salarios y prestaciones en dinero no vulnera la Constitución ni el derecho al trabajo/INDEMNIZACION MORATORIA-Restricción de reconocimiento por acreencias relativas a salarios y prestaciones en dinero no se opone a la Constitución*

*El ordenamiento jurídico laboral ofrece diferentes alternativas para evitar que el incumplimiento del empleador irroque perjuicios desproporcionados al trabajador. En primer término, establece la indemnización moratoria y los intereses supletorios para todos aquellos ingresos relacionados con la retribución por el trabajo o con la cobertura de los riesgos inherentes al empleo, ello a través de la amplia fórmula prevista en el artículo 65 CST, que extiende esa obligación para los “salarios y prestaciones en dinero”. Además, procede conjuntamente la indexación, en tanto mecanismo objetivo de corrección monetaria, que en cualquier caso también se aplica cuando se eximiere al empleador de la indemnización con base en la acreditación de su buena fe. Ello con el fin de impedir que el trabajador vea afectado su patrimonio en razón de la mora del empleador.*

*INDEMNIZACION MORATORIA-Exclusión para determinadas acreencias laborales no afecta de forma desproporcionada los derechos del trabajador/INDEXACION O CORRECCION MONETARIA-Concepto/INDEXACION O CORRECCION MONETARIA-Procedencia en relación con acreencias laborales no sujetas a indemnización moratoria*

*La exclusión de indemnización moratoria o los intereses supletorios para determinadas acreencias laborales es apenas aparente, puesto que esas modalidades de indemnización no son la única vía para garantizar la actualización de las sumas debidas. En efecto, en los casos que no proceda la indemnización moratoria o los citados intereses, bien porque la acreencia debida no se circunscriba al concepto “salarios o prestaciones en dinero” o porque en el caso concreto se haya demostrado que el patrono incumplió de buena fe, esto es, sin tener conciencia de adeudar la suma correspondiente, en cualquier caso procede la indexación o corrección monetaria respecto de los montos adeudados, ello con el fin de evitar que la desactualización de la moneda constituyan una carga irrazonable contra el trabajador demandante.” (resaltado fuera de texto).*

Es decir, que la sanción moratoria por falta de pago oportuno, correrá hasta el día en que el Empleador cancele la totalidad de la prestación adeudada, sin embargo, no es el fondo que maneja la cuenta de la cesantía del trabajador la que señala la cuantía adeudada por mora en el pago de la prestación mencionada, pues tal como quedó señalado con antelación, la sanción moratoria, solo se cancela cuando un Juez de la República, Autoridad quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para la definición de controversias y declaratoria de derechos, ha ordenado tal cometido, pues como se mencionó el Empleador podría demostrar en juicio que su actuación no la hizo de mala fe, caso en el cual como se dejó señalado con antelación, cancelará la indexación, cuestión que está prevista, como lo señaló la H. Corte Constitucional, para desincentivar la falta de cumplimiento por parte del Empleador de las obligaciones a su cargo dentro del término señalado en la Ley, por ello, el valor de la sanción moratoria de ser el caso o la corrección monetaria, es cancelada al trabajador no al fondo que maneja las cesantías.

Por ello igualmente, como frente a cualquier derecho incierto y discutible del trabajador, las partes antes del juicio laboral o antes de proferir Sentencia de primera instancia, si ya se ha instaurado la demanda respectiva, podrán conciliar sus diferencias, ante la Autoridad administrativa, Inspector de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo o el Juez Laboral, respectivamente, pues como se expresó no es un derecho cierto sino discutible, pues va inmersa la actuación de buena fe del Empleador o la ausencia del ella.

Con respecto a la acepción de salario, cabe manifestar que los interesados deben estar a lo normado para el efecto, por el Código Sustantivo del Trabajo sobre la materia, cuando en su artículo 127 establece lo que debe considerarse como salario, cuando a la letra dice:

*“Artículo 127 \_ Elementos integrantes - Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.*

Sin embargo, si el salario del trabajador es variable, es decir, aquel que por distintas situaciones no es gemelar en los últimos tres meses, para efectos de la liquidación se tendrá en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

**ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ**

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas  
en materia laboral de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró : Adriana C.  
Revisó : Dra. Ligia R.  
Aprobó : Dra. Zully A.

Ruta Electrónica:/C:\Users\lcalvachi\Documents\2016 CONSULTAS\19-07-2016\Ivan Sánchez-ID 93634-2016- Cesantías.docx